

〈研究ノート〉

ドイツ法における土地所有権放棄の制度について

田 處 博 之

一 はじめに

不動産の所有者は、その所有権を放棄することができる^①。

わが民法は、無主の不動産は国の所有に属するとする（二三九条二項）が、不動産について所有権の放棄が可能かどうか（すなわち、所有者のいる不動産について、その所有者が所有権を放棄することで無主の不動産とすることができるかどうか）は規定がない^②。そうしたなかで裁判例や学説が不動産所有権の放棄の可否（やその周辺問題）についてどのような態度で臨んでいるか、わが国の法状況については、筆者はすでに概観したことがあるが、わが国で不動産所有権を放棄することが許されるのかどうか、結局はつきりしなかった。

これに対して、ドイツでは、民法（Bürgerliches Gesetzbuch. 以下、BGBと表記する。）^④が、土地所有権の放棄

が可能なことを前提に、土地所有権放棄の制度を明文でもって規定して（九二八条）、この制度をめぐる議論の蓄積が一定程度みられる。そこで、本稿では、ドイツでBGB九二八条が置かれるに際しどのような議論があり、また、同条の定める土地所有権放棄の制度についてどのような理解がされているか、土地所有権の放棄を許容する法制のもとでどのような問題が生じていて、それらの問題についてどのような議論がされているか等々をみることで、わが国での今後の議論への示唆を得ようとするものである⁵⁾。

まず最初に、ドイツにおいて土地所有権放棄の制度を規定するBGB九二八条の文言をみておく。BGBは、所有権の章の第二節「不動産所有権の取得および喪失」のなかで以下のとおり規定する。

九二八条 所有権放棄、国庫の先占

1 土地の所有権は、所有者が放棄の意思を土地登記所に対して表示し、これが土地登記簿に登記されることによつて、放棄することができる。

2 放棄された土地を先占する権利は、その土地の存在するラントの国庫に帰属する。国庫は、所有者として土地登記簿に登記することで、所有権を取得する。

わが民法とは以下の三点で異なる。

まずは、(1)不動産所有権の放棄が可能かどうか、わが民法には規定がないのに対し、BGBは明文でこれを許容していること、

次に、(2)不動産所有権を放棄する行為の法的性質について、わが民法では規定はないものの、(不動産にかぎらず一般に)所有権放棄行為は相手方のない単独行為と解されていて、登記についても、対第三者対抗要件としては要求されるが、あくまで対第三者対抗要件としてであるに過ぎないの⁽⁷⁾に⁽⁸⁾対し、BGBでは、単独行為ではあるが、相手方のある単独行為であり(それも、意思表示の相手方は、放棄により利益を受ける者(国)ではなく、登記所である。)、かつ、登記も要件となること、

そして、(3)わが民法では、所有者のない不動産は国に帰属するものとされる(二三九条二項)ので、無主の不動産は存在し得ない(不動産所有権の放棄がかりに許されるとして、所有権が放棄されて無主となった不動産は、その瞬間に国の所有に帰するから、不動産について所有者がいけないという状態は考えられない。)の⁽⁹⁾に⁽¹⁰⁾対し、BGBでは、所有権が放棄されて無主となった不動産も、国に先占権が認められるだけで、国がこれを行使しないかぎり、無主の状態が続くことである。

二 BGB九二八条の立法過程

以上のような特色を有するBGB九二八条が置かれるに際し、どのような議論があったか。本稿の問題関心にかかわる部分を中心に、立法過程をみてみよう。

ヨホウによる一八八〇年の物権法部分草案は、一二八条において、以下のとおり規定していた。⁽¹⁰⁾

1 従来の所有者が所有権を手放す意図で占有を放棄した土地は、その所在する市町村(ゲマインデ)に帰属す

る。

2 従来の所有者が所有権を放棄したことを土地登記所に表示したときは、市町村（ゲマインデ）はその申請に基づき所有者としての登記を得る。

3 従来の所有者は、この表示をする義務を市町村（ゲマインデ）に対して負う。

どのような考えに基づいて、このような条文となつたか。理由書も併せて公にされているので、その説明をみてみよう。ヨホウは、まず、(a₁)草案が現行法に合わせて、所有者が所有権を他人に移転せずに放棄することを認めたのは、戦争や自然現象で土地が荒廃し価値を下げて、誰も取得の意向を示さないという事例があり得て、土地が収益をもたらさない、あるいは、収益よりも負担の方が大きいそうした事例で、法律が所有者に対し、今までどおり所有者としての務めを果たすよう強いることは、不当で過酷だという考慮が基礎にあると説明する⁽¹⁾。

そして、①所有権放棄の要件、②所有権放棄された土地の法的運命、③土地登記簿の記載変更の三点を取り上げ、まず、①(b₁)所有権放棄の要件としては、ローマ法にしたがい、従来の所有者の所有権放棄の意思と、この意思が物に対する実際の支配の放棄によって確認されることを要求する。ヨホウは、ローマ法のこの立場は自然な理解になうし、所有権放棄にはその意思が信頼に値するかたちで表示されることだけが必要なところ、そうした意思は、所有者の実際の行為によって表現されれば、信頼に値するかたちで表示されたといえるとし、裁判所での表示や公正証書とか税務署での表示などを要求するザクセン民法やバイエルン草案の立場もあるが、土地から立ち去ることなく所有権を放棄できることとなり、これは妥当でないとする⁽²⁾。

また、②所有権放棄された土地を無主としなかったのは、土地を自由先占の対象とするのであれば、無主とするの

が正しかったであろうが、市民社会の秩序と安全の今日の概念のもとでは、土地の先占は認められないからであるとする。そして、そうすると、(d₁) 国に帰属せしめるか市町村（ゲマインデ）に帰属せしめるかの問題になるとして、大部分のドイツでの現行法からすると国となるが、国に所有権や取得の優先権を認める法律規定は、有用な権利であることを前提としていて、しかし、ここでは、所有権放棄されて通常は無価値の土地であり、そうした土地の取得は一般に負担でしかないので、国の優先権を排することに異論はなからうし、むしろ、立ち去られた土地がなお耕作可能であったり、完全に荒廃してしまわないようにすることが可能であるときに、こうした目標を達成するには、国の官庁よりも自治体の機関の方が適しているなどとして、市町村（ゲマインデ）への帰属としたと説明する。⁽¹³⁾

そして、③(c₁)市町村（ゲマインデ）は、従来の所有権が消滅した瞬間に、法律上当然に所有権を取得するが、その登記方法について、土地登記所は、所有権消滅の要件の充足を確認できないので、市町村（ゲマインデ）の登記を従来の所有者からの所有権放棄の表示にからしめ、従来の所有者にはこの表示を義務づけた（この義務づけは、土地登記簿が長い間、実際とは異なる法律状態を公示しないようにするため必要で、法的に問題はない。）とする。⁽¹⁴⁾

物権法部分草案によるこの規定については、第一委員会において、一八八四年五月一六日の第三二四会議で、担当官から、以下の四点が指摘され、修正提案が出された。⁽¹⁵⁾ 四点とは、すなわち、

①(b₂)土地所有権の喪失を、所有権を手放す意図での占有放棄という事実に結び付けていて、土地所有権を十分に保護していない、熟慮せず軽率に所有権を放棄することを防止するため、また、実際に所有権放棄があったかどうかの疑問が生じないようにするため、土地登記所での放棄の表示とこの表示の土地登記簿への登記というように所有権放棄の方式を定めることが望ましい。⁽¹⁶⁾

②(d₂)放棄された土地をその所在する市町村（ゲマインデ）にあてがうことで、各邦の公権を侵害していて、そのよ

うな侵害は私法を法典編纂することにかんがみても必要でなく、むしろ、誰が取得権限を有するかを規定することはラントの立法に委ねたままの問題ない、⁽¹⁷⁾

③(c₂) 法律上当然に所有権が移転するという構成は取得者に酷な結果になりかねず、また、そうした構成はここでの問題を合目的に規制するのに必要不可欠ではないので、権限者の所有権取得を登記主義に服せしめ、登記を権限者からの申請にかからしめる構成の方がより適切である、⁽¹⁸⁾

④(e₂) ただし、この後者の構成では、土地からの満足を要求する物的権限者を保護するための規定が必要になる⁽¹⁹⁾と指摘された。

その結果、一八八七年の第一草案は、八七二条において、以下のとおり規定することとなった。

1 登記された所有者が、土地登記所において、土地所有権を放棄することを表示したときは、この表示が土地登記簿に登記されることで、その者の所有権は消滅する。

2 所有権は、ラントの法律によりその土地を我が物とする権限を有するとされる者が、その申請により所有者として土地登記簿に登記されることよって取得する。

3 従来の所有者の所有権が第一項により消滅したが、我が物とする権限を有する者による取得がされていない場合は、受訴裁判所（強制執行においては執行裁判所）の裁判長は、その土地に対する権利を裁判上行使する意思を有する者の申立てに基づき、新所有者が登記されるまでの間、土地からの権利および義務を保護する責任を負う代理人を選任しなければならない。代理の費用は、賠償請求権を別として、申立人が負担する。

翌一八八八年には理由書が公にされたが、その説明は、右にみてきたところとほぼ重なる。簡単にみておこう。

理由書は、まず、(a₃)土地の所有者が所有権を放棄することを可能としたことについて、右の(a₁)を繰り返したうえで、ライヒの法律による規制が必要となることとして、①所有権放棄の要件と効果を第一項において、②権限者による土地の取得を第二項において、③第三者の利益保護を第三項において規定したとする。⁽²¹⁾

すなわち、①(b₃)所有権放棄の要件については、土地所有権譲渡に占有の放棄は必要とされないのに、所有権放棄にこれを要求するのは適切でないとともに、右の(b₂)を繰り返す。⁽²²⁾

②所有権放棄された土地の取得については、まず(d₃)誰が取得するかにつき右の(d₂)を繰り返し、また、(c₃)所有権放棄された土地が取得される関係につき、法律上当然に所有権移転する構成と、取得を権限者の意思にかからしめる構成とがあるが、前者の構成は、土地がその価値を超えた負担をともなっていたり、そのほか取得に不利益がともなっているときに、取得者に苛酷な結果となり、この苛酷さは、権利移転は移転を受ける者の同意なくしては生じないという一般原則をここでも維持すれば避けられるので、後者の構成がとられなければならない。後者の構成は、草案八二八条⁽²³⁾の立場にかなうと説明する。⁽²⁵⁾

③(e₃)放棄された所有権が、右の(c₃)により、法律上当然には取得権限者に移転しないので、その土地に対して権利を有する者の利益を保護するため、所有権移転するまでの間の関係をとくに規律する必要がある、第三項を置くとした。⁽²⁶⁾

このような立場に対しては異論がなかったわけではない。第一草案が付された第二委員会では、以下の異論が出された。すなわち、(c₄)所有権放棄された土地が取得される関係については、この規定は、簡略化して、土地が放棄されたときは、国庫その他の先占権者に直接に権利が帰属するように改められるべきであり、そうすることで、遺産に相

続人がない場合と同様に、直接、国庫等を相手方として、必要な訴訟や強制執行を行うことができ、第三項のような土地の代理といった奇妙な規定を削除することができるし、国庫は所有権取得を拒めないこととなるがそれは不公正ではない（その理由は示されていない。）と主張され、また、そもそも、(a₄)土地所有権放棄の可否についても、土地所有者は、所有権放棄が特別の規定によって許容されることを要求できるものではないし、物的負担の場合のように所有権に物的な責任だけでなく人的な責任がともなっているときの所有権放棄には懸念があり、所有者は、本当に必要ならば、土地を他人に贈与するとか売却することで何とかできるとして、この規定の削除が主張された。⁽²⁹⁾

しかし、第二委員会において、こうした主張は多数の支持を得るにはいたらなかった。すなわち、(c₅)放棄された土地の所有権が当然に国庫その他の先占権者に帰属することとすると、抵当権者は国庫の費用で、自分の債権につき、執行可能な判決を得ることができ、国庫は、規定簡略化だけのために負担を負わされることとなって妥当でなく、また、遺産に相続人がない場合では、国庫は破産手続開始を申し立てて、義務を免れることができるので、事情が異なること、(a₅)物的負担などについての土地所有者の人的な責任は永続的ではなく、所有者でなくなった瞬間に――すでに発生した債権は別として――人的な責任は消滅するし、いずれにしても、土地所有権放棄を認めるのが公正であるような事例は、考え得ることがいわれたのである。⁽³¹⁾

第二委員会では、そのほか、(b₅)土地所有権放棄の要件についても、所有権放棄の表示が土地登記簿に登記されることを要求する第一草案の立場が、右の(b₃)の援用のもと、また、取得者からの登記申請を受け付ける土地登記所にとつても、外部的な要素から土地の無主性を認定するのは困難なので、取得に先立って所有権放棄の表示が登記されているということではないとして、支持された。⁽³²⁾

ただし、(d₅)所有権放棄された土地の取得者については、国庫を先占権者とするように改められ、ラントの法律規定

が国庫以外の者を先占権者と定めることは可能とする規定をBGB施行法に置くこととされ（こうした規定をBGB施行法に置くことで、各邦の公権への侵害との懸念はないと解された⁽³³⁾）、(e₅)利害関係人保護のための第三項は訴訟上のことなので、民事訴訟法に移すこととされた⁽³⁴⁾。

その結果、一八九五年の第二草案は、八四一条において、現行のBGB九二八条と同一内容を規定することとなった（文言も、すでにほぼ同様である。）。

もっとも、土地所有権放棄を可能とすることへの懸念はなお解消されなかったようで、その後、連邦参議院でも、一部のラントから、(a₆)——所有者が一方的に土地所有権を放棄することはできないとする規定を置くべき実務上の必要性はないとしても——少なくとも、所有権放棄により、（とくに土地所有権に公法上の権限や義務がともなっている事例で）公の利益が損なわれないようにするための備えをしておくべきであるとして、BGB施行法に、土地所有権放棄を公の利益のために制限するラントの法律規定は効力を妨げられないとする規定を置くことが提案されたが、条文化にはいたらなかった。

以上、(a)土地所有権放棄の可否、(b)所有権放棄により土地所有権が消滅するための要件、(c)所有権放棄された土地が国（ないし市町村（ゲマインデ））に当然に所有権移転するのか、それとも、国等に優先的な先占権が認められるに過ぎないのか、(d)所有権放棄された土地について権利を有するのは国か市町村（ゲマインデ）か、(e)所有権放棄された土地について国等に当然に所有権移転しないとした場合の利害関係人保護といった、本稿の問題関心にかかわる部分に限っては⁽³⁶⁾あるが、BGB九二八条の立法過程をみてきた。なお、右では、比較対照の便宜のため各論点ごとに(a)から(e)の記号を付したが、アルファベット右側の数字は、1がヨホウによる一八八〇年の物権法部分草案の理由書中の指摘、2が第一委員会の一八八四年五月一六日の第三二四会議での担当官による指摘、3が一八八七年の第一草

案の理由書中の指摘、4が第二委員会の一八九三年の審議での、第一草案に反対する立場からの指摘、5が第二委員会での逆に第一草案を支持する立場からの指摘、6が連邦参議院での指摘であることをそれぞれ示す。

立法過程での議論状況をここで簡単にふりかえっておこう。

まず、(a)土地所有権放棄の可否については、これを認めることでは一貫していた(a₁)、(a₃)、(a₅)ものの、これを認めることへの懸念も根強かった(a₄)、(a₆)。

また、(b)土地所有権放棄の要件については、当初は占有の放棄が要求されていた(b₁)が、この立場は早くにしりぞけられ、土地登記所での放棄の表示とこの表示の土地登記簿への登記という方式が要求されることとなった(b₂)、(b₃)、(b₅)。

(c) (d)所有権放棄された土地の取得関係についても、当初は市町村(ゲマインデ)が当然に取得するとされていた(c₁) (d₁)のが、この立場は早くにしりぞけられ、誰を取得者とするかの決定をラント法に委ね(d₂)、(d₃)（あるいは原則、国を取得者とするが、ラント法でこれを異なる規定を置くことを許容し(d₅)）、また、取得は当然ではなく取得者の意思にかからしめることとなった(c₂)、(c₃)、(c₅)。もつとも、当然取得構成を支持する異論もおみられた(c₄)。

三 BGB九二八条の趣旨——今日的理解

BGB九二八条が土地所有権放棄を許容し、また、国に先占権を認めたことについて、現在では、どのような理解がされているか。

今日の民法コンメンタールによる説明をいくつかみてみよう。シュタウディングアの民法コンメンタールでは、二〇一年にプファイファが、BGB九二八条に対する注釈のなかで、「所有権放棄と先占との正当化」という見出しのもとに、まず、所有権放棄について、

BGBは所有者に法律の枠内でその物を随意に扱うことができる権限を与えている(九〇三条)⁽⁴⁷⁾が、これに由来して、土地所有権を自由に放棄する権利が認められる。債務関係が、債権者と債務者との間の一方的には解消できない法鎖であるのに対し、土地所有者は土地の支配者として、自分と土地との間の物権法上の結び付きを廃し、これにより、所有権にともなう義務から自分を解放する力をもつ。ここでは、損害賠償義務は生じない。なぜなら、所有権の放棄は、土地に存する第三者の権利を侵害することなく土地を無主物とするという所有者の処分自由の適法な行使だからである

とする。⁽³⁸⁾ また、国庫による先占については、

国庫の先占権は民法に基づくが、ここでは公の任務と公の利益の擁護とが前面にある。国庫の先占権の内在的正当化は土地に対する私的所有権の淵源である国の領土高権にある。一つには、無主の土地の利益を公共に帰属せしめ、先占意思を有する複数の者がいたときの衝突が生じないようにする趣旨で、もう一つには、価値を失った土地の無主状態が続くと、土地の状態や危険の防止ないし除去につき責任を負う所有者を欠くこととなり、公共にとって耐え難いからである

とし、したがって、フランス民法のように、無主の土地が国に当然に帰属するとする方が、BGBよりも一歩進んでいるとする。⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾ 立法過程で明確に否定された、当然取得構成の方が優れているとする指摘が、今になってあらわれていることに注意しておきたい。

ドイツ法における土地所有権放棄の制度について（田處 博之）

一一一（一八八）

また、ノーマス社の民法コンメンタールでは、二〇〇八年にグルツイヴォッツが、B G B 九二八条に対する注釈のなかで、

所有権を放棄する権利はB G B 九〇三条の所有権に派生し、所有権という権利は、所有権の地位を放棄することの権限をも生ぜしめる

とするとともに

ラント国庫の先占権は国の領土高権に基づくもので、私人の土地所有権も究極的には国の領土高権の帰結であるとする。⁽¹²⁾

さらに、ユリスの実務民法コンメンタールでは、二〇一〇年にベニングが、B G B 九二八条に対する注釈のなかで、土地所有者も、動産所有者と同様に、土地に対する自分の所有権を放棄することができ、これにより土地は無主となる。それゆえ、B G B 九二八条二項はラントの先占権を規定し、このことは公共の利益に資する。土地所有権を放棄する権利は、基本法一四条とB G B 九〇三条とによる所有権保障が所有者に与えた、自分の所有物を自由にすることができるという権限に派生する

とし、また、⁽¹⁴⁾ ミュンヒェンの民法コンメンタールでは、二〇〇九年にカンツライターが、B G B 九二八条に対する注釈のなかで、

同条一項は、動産の所有者と同様に、土地所有者にも、自分の土地の所有権を放棄する可能性を認める趣旨で、放棄により土地は無主になるが、明確性のため、所有権放棄は土地登記簿への登記を要件とした。また、二項は、先占による利益を公共に帰せしめるため、また、先占の意思を有する者どうしの衝突を避けるため、無主の土地の先占権をラントに留保した

とする。⁽⁴⁵⁾

このようにみえてくると、所有者の自由な処分権能を強調するもとで、その一環として、所有権を放棄する権利が位置づけられていることに気付かされる。では、土地所有権の放棄の自由はいかなる場面でも認められているのか（場合によって、土地所有権の放棄が許されないとされることはないのか）。また、土地所有権が放棄されるというのは普通はありそうもない事態だが、そもそも、どのような場面で、土地所有権が放棄されているのか。

それから、国に先占権を認めた趣旨は、右によれば、①公共の利益になること、②私人に自由な先占を認めると争いになりかねないこと、③無主の状態が続くのは、土地の状態や危険の防止ないし除去につき責任を負う所有者を欠くこととなり、公共にとって耐え難いことがいわれ、また、これら実益面での理由とならんで、国の領土高権による基礎づけもいわれた。⁽⁴⁷⁾ そうすると、国が先占権を行使しないということは、右の趣旨に照らして許されるのか。行使しないどころか国が先占権を放棄してしまうことはどうか。関連して、国が先占権を第三者に譲渡することはどうか。章を改めて、以下、みていこう。

四 BGB九二八条一項の活用例——土地所有権の放棄事例と放棄権行使の限界？

土地所有権放棄を扱った裁判例は少なくないが、どのような場面で土地所有権が放棄されているか。⁽⁴⁸⁾

立法過程では、土地について所有権が放棄される事情として、戦争や自然現象で土地が荒廃し価値を下げて、誰も取得の意向を示さず、土地が収益をもたらさない、あるいは、収益よりも負担の方が大きいという例が挙げられていた。⁽⁴⁹⁾

裁判例では、価値以上に抵当権が設定された土地について所有権が放棄された例がみられる。⁽⁵⁰⁾ 所有権を放棄しても人的な債務を免れるものではないが、抵当権に基づく訴えにさらされることはなくなるからである。⁽⁵¹⁾ また、ある市町村（ゲマインデ）が支聖堂（礼拝堂）の修復費用の調達が困難としてそれが建っている土地の所有権を放棄しようとした例や、比較的古く、かなり修復の必要のある戸建ての建った土地につき、所有者がコストをものはや負担できないなどの理由で、所有権放棄がされようとした例、⁽⁵²⁾ 購入した山林がその翌冬に激しい降水と融雪で地滑りを起こし、保安措置等の費用が見通せないなかでやむなく所有権を放棄した例、⁽⁵³⁾ さらに、ブドウ栽培をすでにやめていたブドウ栽培組合が、ブドウ栽培地のための灌水団体から土地面積に応じて課せられてくる分担金を免れたく、また、引き取り手のない土地を所有権放棄して組合を清算できるようにしたいという理由で土地所有権を放棄した例がみられる。⁽⁵⁵⁾ 学説でも、税金や、社会生活上の義務などの負担を回避する目的での土地所有権放棄がいわれる。⁽⁵⁶⁾

近年いわれるのが、土壌が汚染された土地の所有権放棄である。汚染の原因者であれば土地所有権を放棄しても責任を免れない。⁽⁵⁷⁾ しかし、原因者としての行為責任とは別に、原因者でなくても土地所有者であるというだけで汚染除去等の義務がかかってくるのが判例・学説上そして立法上、認められていて、こうした責任を状態責任（Zustandshaftung）というが、⁽⁵⁸⁾ 状態責任は、所有者でなくなれば、特段の法規定がないかぎり終了すると解されるため、⁽⁵⁹⁾ 所有権放棄により状態責任を免れようと試みられるのである。⁽⁶⁰⁾ 一九九八年の連邦土壤保全法（Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten（Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG））⁽⁶¹⁾ が一九九九年三月一日に施行されたあとは、同法が汚染された土壌の汚染除去等の義務を現所有者だけでなく、土地所有権を放棄した前所有者にも負わせている（同法四条三項四文後段）⁽⁶²⁾ ので、土壌が汚染された土地について所有権を放棄して状態責任を免れる途は立法によりシャットアウトされたかのようなのであるが、土地所有権を第三者に譲渡した

前所有者の汚染除去等の義務が、前所有者みずからが汚染を惹起したわけではなく、その取得時に汚染の認識可能性がなかったときは否定されている（同条六項二文）⁶⁴）ので、所有権放棄による責任回避の可能性がなおいわれることがある。⁶⁵

それでは、土地所有権の放棄が許されないとされることはないのか。

裁判例で、バイエルンのある市町村（ゲマインデ）による土地所有権放棄が、市町村（ゲマインデ）財産の保護を規定するバイエルン憲法⁶⁶やバイエルン市町村（ゲマインデ）規則⁶⁷への違反を理由に、法律上の禁止に対する違反としてBGB一三四条⁶⁸により無効とされたり、また、古城の廃墟（土地）の所有権放棄が、ラントの保存委員の認可⁶⁹が要るのに認可なしでされたことから無効とされたことがある。⁷⁰

しかし、法律等への違反があつたというその意味では特殊なこれらの事案を別にすれば、一般に、公法上の義務を免れる意思での所有権放棄であつても（それが濫用的であるときさえ）許されると解されているし、⁷¹また、状態責任を免れようという動機であつても、それだけで所有権放棄が良俗に違反するとはいえないと一般的にはいわれている。⁷²

もっとも、状態責任とのかかわりでは、一九九八年の連邦土壤保全法が、所有権を放棄しても状態責任が残ることを連邦レベルで明文化する（右にすでにみた）。以前を中心に議論があつた。⁷³

すなわち、一九八三年にシュミット・ヨルツイヒは「警察上の状態責任は所有権放棄により終了するか？」と題する論説のなかで、通説はこれを肯定するが、所有者が、自分だけが物からの利益を享受してきたにもかかわらず、その物による妨害の除去費用を公共に転嫁できるとするのは公正でないので、結論として好ましくなく、警察上の義務

を負う者が公共の負担のもとに自分の責任から免れようとする所有権放棄の意思表示は、良俗違反としてBGB一三八条により無効であり、また、そのような良俗違反的要素のないときでも、所有権放棄により警察上の状態責任をかくぐることは、法律上の禁止に対する違反としてBGB一三四条により無効であるとする。^{77 78}

また、一九九三年にシュテクルとレクスアイゼンも「所有権放棄の状態責任への作用」と題する共著の論説のなかで、状態責任を免れようとする動機での所有権放棄が一部例外を除き良俗違反であるとする。すなわち、所有権の社会的義務性をいう基本法一四条二項から、所有者は、所有物からの利益を私的に利用し享受することが許される一方で、所有物にともなう不利益を甘受しなければならず、これを公共に転嫁してはならないということがいえるので、長年土地を利用し利益を得てきた事業主には、たとえば状態責任などの不利益をも負担することが要求されてよいとし、それにもかかわらず、所有者が、公共の負担のもとに責任から免れようという動機と目的で所有権を放棄するとき、所有権放棄は良俗違反により無効であり、所有者としての地位は、そしてこれとともに状態責任は、存続とする。シュテクルとレクスアイゼンは、このように、状態責任を免れようとする動機での所有権放棄の良俗違反性をいう一方で、土地の私的利用が最初から排除され、以前の利用による利益が新所有者に帰することもない場合は（この場合のみ）、基本法一四条二項の命令は適用できないので、所有権放棄により責任から免れようと試みることを良俗違反とみることはできないとする。⁸⁰

最近でも、二〇〇八年にシヨフが、『特別行政法』と題する共著書のなかで、法律規制がないときは所有者の状態責任は所有権放棄により終了するとしつつも、所有権放棄が、たとえばその目的が廃棄物処理コストの公共への転嫁に尽きるなどで良俗違反であれば、放棄者の状態責任は脱落しないとする。⁸¹

このように、学説では、状態責任を終わらせようとする動機での所有権放棄について、——多数説はその良俗違反性

を否定するものの——一部には、一定条件のもとにはあれその良俗違反性をいう立場もみられた。

裁判例はどうか。状態責任を終わらせようとする動機での所有権放棄の良俗違反性を否定した裁判例として、学説は、バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所一九九五年八月四日決定⁽⁸²⁾を挙げることがある。もつとも、この決定は、土壤が汚染された土地の所有者（汚染の原因者ではない。）による、状態責任を終わらせる動機や目的での所有権の——放棄ではなく——譲渡の良俗違反性を否定したものである。原決定であるフライブルク行政裁判所一九九五年二月一四日決定が、譲受人は無資力で、本件譲渡のためにのみ設立された会社であって、譲渡人は結局、本件土地からの不利益を公共に転嫁する意思であったとして、本件譲渡の良俗違反による無効をいい、譲渡人は引き続き状態責任を負い、本件譲渡は法的に所有権放棄と同視できるとしていたのを、このバーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所一九九五年八月四日決定は、本件譲渡により、原因者や譲受人が無資力で結局、金銭的負担が公共に負わされるリスクは、高まりはしたものの、そうなるかどうかは確実でないこと、譲渡人はその供述によれば、調査や汚染除去などのため多額の費用を投下してきたこと、譲渡人がこれまで、本件土地からなにかしら利益を得てきたことはうかがわれないことなどをいって、本件譲渡の良俗違反性を否定するとともに、資力のない者への土地所有権譲渡を所有権放棄と簡単に同視することはできない（土地は無主となるわけではなく、一般的に、土地の取得者が当局からの請求を受けることになるから。）とする⁽⁸⁵⁾。このようにみてくると、この決定はむしろ、状態責任を終わらせようとする動機での所有権放棄が良俗違反たり得ることを前提としているといえよう。

土地所有権放棄の有効性（ないしその効果）を論じた裁判例は、筆者のみるかぎり、こうした土壤汚染地の所有権放棄の事案についてのものを中心で、それ以外はほとんど見当たらない。そうしたなかでは珍しい事案といえようが、ブドウ栽培組合（原告）が不適地であるためにすでに一九九三年に栽培をやめていた傾斜地について、二〇〇八年に

土地所有権を放棄したという事案がある。この事案で、前掲（注⑤）バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所二〇一一年二月二日判決は、

良俗違反の所有権放棄をいうことができるのは、原則的に、もっぱらのまたは第一次的な意図が第三者（国や公共団体を含めて）を害することにあるか、目的が土地負担の第三者または公共への転嫁に尽きるときだけである。所有者が所有権放棄により将来の公法上の負担を免れようと欲していることでは十分でないとする。⁸⁹⁾

この判決も、土地所有権放棄が良俗違反たり得ることをいうものである。もつとも、良俗違反性が認められるのは、加害目的であるとか、放棄の目的が負担を第三者または公共に転嫁することに尽きるといふ、かなり限られた場合にとどまることになる。実際、この事案でも、判決は、本件土地所有権放棄は、ブドウ栽培地のための灌水団体（被告）から土地の面積にに応じて課せられる分担金の将来分を免れようという動機とやらんで、ブドウ栽培を放棄してから長年経つので組合を解散できるようにしたいという理由によるものでもあり、原告は数年来、この土地を第三者に譲渡しようとしたが甲斐がなかったなどとして、良俗違反性を否定している。⁹⁰⁾

なお、土地について所有権が放棄されたというのではないが、倒産管財人が土壤汚染の疑いのある倒産債務者の土地を倒産財団から除外した（freigeben）⁹¹⁾という事案でも、連邦行政裁判所二〇〇四年九月二三日判決が、

本件土地の倒産財団からの除外（Freigabe）は、秩序義務が課せられている汚染地であるからといって、BGB一三八条一項の直接ないし類推適用により良俗違反で無効ということにはならない。本件除外が危険除去費用を免れ、これを公共に転嫁することに資するという論拠だけで、良俗違反との非難を支えることはできない。除外の目的は、利益を生ぜしめず、それどころか負担でしかない物件を財団から去らせることにあるので、このことにだけ

着目して良俗違反と判定するなら、そうした判定は、除外の制度そのものにあてはまってしまうだろう、
として、右除外の良俗違反性を否定している⁹⁴。

このようにみえてくると、土地の所有権が様々な事情のもとで放棄されていて、土地所有権放棄の制度がそれなりに利用されていること、また、判例・学説のおおよその傾向として、土地所有権の放棄が良俗違反として無効とされることは、あり得ないわけではないが、多分に限定的であつて、土地を所有し続けることの負担から免れようというだけでは良俗違反とはされていないことがみてとれる。所有者の自由な処分権能を尊重する姿勢のあらわれといえようか。

五 国の先占権の不行使、譲渡ないし放棄の可否

次に、国が先占権を行使しないことは許されるか。行使しないどころか、先占権を放棄してしまうことはどうか。国が先占権を行使しないことについては、立法者は、これを許容していたといえる。二でみたように、立法過程において当然取得構成がしりぞけられ、取得を権限者の意思にかからしめることとされた（とくに^(C3)を参照。）わけだから、権限者には、無主の不動産についてその所有権を取得しないという選択をすることが容認されていたといえるからである。⁹⁵とはいえ、先占権が行使されないと無主の土地はずつと無主のままに置かれることになり、そうした状態を立法者が肯定的にみていたかどうかは不明だが。⁹⁶いずれにしても、国の先占権不行使の許容性は、今日、裁判例や学説において疑われていない。⁹⁷もつとも、裁判例で、傍論だが、国庫は、無主の土地の先占を（まったく自由に拒む

ことができるものではなく）義務適合的な裁量によってのみ拒むことができるものがある。⁽⁹⁸⁾

これに対して、国が先占権を放棄してしまうという事態は、立法者は想定していなかったようで、立法過程からは、それが可能かどうかについて、立法者の考えはみとれない。(1)国は先占権を放棄できるかどうか、(2)もし国の先占権放棄が可能であるとしたら、そのあと、その土地はどうなるのか、つまり、未来永劫、無主のままに置かれるのか、それとも、私人が先占できるのか、私人が先占できるとしてそのための要件いかん、といったことが問題となるが、法に規定がないので、答えは解釈に委ねられることになる。

学説では、かつては、(1)国は先占権を放棄できないとするものがみられた。すなわち、一九〇八年にクラニヒフェルトは、『土地所有権放棄とその効果』と題する著書（博士論文）のなかで、

先占権者は、先占権を放棄することはできない。なぜなら、先占権は、無主性が持続するかぎり、つねに新たに発生し、それゆえ、ひとたび放棄が表明されても、そのあと先占することができなくなるものではないからである。先占権の放棄が許されるとすると、無主の土地には国庫に先占権があるものとなないものがあることになり、これはBGB九二八条の文言に反する

とし、一九一二年にもカトウネアヌが『放棄された土地の法律状態』と題する著書のなかで、このクラニヒフェルトの立場をそのまま支持していた。⁽⁹⁹⁾

これに対して、ズュースは、戦後、一九五〇（ないし五一）年に、「通過的な無主性」（とくにBGB九二七条の）先占と時効取得の問題について」と題する論説のなかで、(1)国庫の先占権放棄は疑いなく可能である（国庫の先占権は譲渡可能といわれているので、譲渡可能なものは放棄可能だからである。）とし、⁽¹⁰⁰⁾また、(2)国庫が先占権を放棄すれ

ば、私人に即時の先占権が認められるとした。

即時の、というのは、私人が無主の土地を先占するには、BGB九二七条により三〇年以上の自主占有と公示催告手続とが必要であるとの解釈もあり得るところ、そうした解釈をしりぞける趣旨である。BGBでは、三〇年間他人の土地を自主占有し、その間権利者として登記されている者は、所有権を時効取得でき、これを登記簿取得時効といひ、BGB九〇〇条に規定されるが、これによれば、三〇年間の自主占有のみでは所有権を時効取得できない（登記が要る）。そこで、三〇年間（登記なしでも）自主占有した者は、一定の要件のもとに公示催告手続により除権判決を得て所有者の権利を消滅させ、そうして無主となった土地を先占することができるとされ、このことを規定するのがBGB九二七条である。ブュースは、国が先占権を行使していないだけで放棄はしていない場合なら、BGB九二七条により、国の先占権（所有権に対する物的な権利であつて、所有権そのものではないが。）を消滅させるため、公示催告手続がとられるべきだが、国が先占権を放棄したとき（や先占権を自主占有者に譲渡したとき）は、廃されるべき権利がないので、公示催告手続は無用であり、自主占有者に即時の先占権を認めてよいとするのである。¹⁰⁰

そうしたなかであらわれたのが、ハンブルク・ラント裁判所一九六六年四月二九日決定¹⁰¹である。これは、所有権が放棄された土地について、ラントが先占権を放棄した（どのような事情で旧所有者が所有権を放棄し、また、ラントも先占権を放棄したのかは不明である。）ので、この土地を先占したとして、私人が所有権の登記を申請した事案である。区裁判所は、(2)国庫以外の者が無主の土地を先占するには、BGB九二七条により三〇年以上の自主占有と公示催告手続とが必要だし、そもそも(1)先占権は放棄不可能で（その理由は示されていない）、ラントは先占権を有効に放棄したとはいえないとして、登記申請をしりぞけていた。

このハンブルク・ラント裁判所一九六六年四月二九日決定は、(1)国の先占権は放棄可能な私権で、ラントは有効に

先占権を放棄した、(2)このことにより私人による先占が可能となり、それには、BGB九二七条の三〇年間の自主占有や公示催告手続を要せず、登記されることだけで足りるとする。決定は、(1)につき、放棄できない私権は、権利者に行使が義務づけられている権利か、高度に人格的な権利であるところ、国の先占権はいずれでもないと説明し、また、(2)をいうに際しては、公示催告とか、占有や時の経過とかが要求されるのは、第三者の物を原始取得する場合であつて、無主の物の原始取得ではこれらは要求されないとするとともに、BGB九二七条によることとすれば、少なくとも三〇年は無主の状態が続くことになり、土地の状態につき責任を負う所有者をずっと欠くのは警察法上の観点からも問題があるとして、法政策上の考慮をその理由の一つとして挙げる⁽¹⁰⁾。

クラニヒフェルトらの立場をしりぞけ、ブュースの立場を支持するこの判断は、その後、連邦通常裁判所一九八九年七月七日判決⁽¹¹⁾によつて引き継がれる⁽¹²⁾。これは、ある市町村（ゲマインデ）が、所有する砂利道の所有権を放棄し、ラントもその先占権を放棄したため、その一週間後に被告が土地登記所に対しその先占を表示、さらにその翌日に原告も先占を表示した事案である。どのような事情で所有権や先占権が放棄されたのかは不明だが、この砂利道は価値が極めて小さい（ので、所有権放棄には自治体監督庁の同意を要しない）ことが判示されている。原告所有地は被告所有地に取り囲まれていて、この砂利道が市町村（ゲマインデ）道から原告所有地に通じていた。もともと、被告所有地の一部（この砂利道とは別。）には、原告所有地のその時々所有者のために制限的人役権（通行権）が登記されている。被告の先占表示に基づき、この砂利道は、被告所有と登記された。原告は、先占権は自主占有者である自分にはないので、被告による先占は無効と主張して、土地登記簿訂正への同意等を求めて訴えを提起したが、判決は、大要、以下のように述べてこれをしりぞける。

国庫は、先占権を放棄できる。国庫の法定相続権の場合と異なり、無主の土地の所有権はラントに自動的に帰属

するものではない。国庫に先占権が認められているだけである。所有権取得が先占権の行使にからしめられ、国庫は先占権を長期間使わないままにしておくことができるということは、国庫が先占権を他人に譲渡したり、また、先占権を放棄することができるという理解を正当化する。これは通説である。⁽¹⁰⁾

国庫が先占権を有効に放棄すると、無主の土地は、あらゆる第三者が、土地登記所に対する表示と土地登記簿への登記とによつて先占でき、それには、自主占有や公示催告手続（BGB九二七条類推）を要しない。無主であるから、先占により取り除かれる所有権がない以上、公示催告手続をとらせたり長期間の自主占有を要求したりすることで、即時の先占からの保護を図る必要がないからである。⁽¹¹⁾

(1) 国の先占権放棄を許容し、そして、(2) 国が先占権を放棄した無主の土地を私人による即時の先占に服せしめることをした立場は、その後、学説でも定説化していき、今日ではもはや争いをみない。⁽¹²⁾

もつとも、学説において、こうした立場に対する異論が、比較的近年でも、まったくなかったわけではない。すなわち、シュタウディングガーの民法コンメンタールにおいて、今の二〇一一年版ではなく旧版の一二版であるが、一八九九年にエルトゥルが、BGB九二八条に対する注釈のなかで、大要、以下のように述べて、(1) 国の先占権放棄を認めていない。

通説は国庫は先占権を放棄できるとする。しかし、無主であることが継続することへの懸念が一致していわれるものの、国庫による先占権放棄後だれがその無主地を先占できるのかは争いがある。価値がなかったり、負担が大きかったり、危険であったりする土地については、ほとんどだれも先占に関心を示さないだろう。国庫による先占権放棄を否定すべき法政策上の理由が、あまりにも考慮されていない。国庫は先占権を、先占意思を有する者に譲渡し、その者に所有権取得を義務づけることができるから、国庫に先占権放棄を認めるべき必要はない。また、国

庫による先占権放棄は正当化されない。なぜなら、少なくとも第三者が所有権を取得するまでは、国庫が土地について責任を負い続けるというのでないと、土地が無主であることは公共にとつて耐え難いからである。国庫は、民法上、先占の義務を負わないにしても、先占権放棄によつて自分の責任から免れることはできない。通説には反するが、法政策上の理由から国庫の先占権は放棄できないと解されるべきである。⁽¹⁴⁾

エルトウルは、また、国庫が自分の土地の所有権を放棄する権利についても、（これも通説に反対して）否定する。⁽¹⁵⁾エルトウルは、無主という懸念されるべき状態を阻止し、また、可能ながぎり早くこれを終了させるため、法政策的考慮から、国庫には所有権を放棄する権利も先占権を放棄する権利も認めないのである。⁽¹⁶⁾

また、(1)国の先占権放棄は許容するものの、(2)国の先占権放棄後、私人が即時に先占することは認めない立場もみられた。すなわち、パーラントの民法コンメンタールにおいて、今の七二版（二〇一三年）ではなく旧版の二五版であるが、一九六六年にホッヒェは、BGB九二八条に対する注釈のなかで、ズユースが国の先占権放棄後、除斥判決や三〇年の期間なしに自主占有者に先占権を認めることを、疑問があるとし、⁽¹⁷⁾また、ミュンヒェンの民法コンメンタールにおいても、これも今の六版（二〇一三年）ではなく旧版の二版であるが、一九八六年にカンツライターが、BGB九二八条に対する注釈のなかで、

ラントは先占権を放棄できるが、放棄されると、法律規定がないので、ラントが先占権をもち行使できないだけで、だれもが先占権を行使できることになるわけがなく、また、先占権が自主占有者に移転するものでもない。

自主占有者は、ラントから先占権の譲渡を受けない以上、九二七条によつて所有権を取得できるに過ぎない、とする。⁽¹⁸⁾

しかし、こうした反対説も、時代が下るとともに消え去っていく。すなわち、エルトウルの(1)国の先占権放棄を認

めない立場は、シュタウディンガーの民法コンメンタールの一九九五年の改版にともない執筆担当者がプファイファに交代した際、引き継がれず⁽¹⁸⁾、また、ホッヒェやカンツライターの(2)国の先占権放棄後の私人の即時の先占権を認めない立場も、改版の際、いずれも自身によって改説された⁽¹⁹⁾。

すなわち、(1)国の先占権放棄の可否について、プファイファは、エルトゥルの見解を批判して、前掲(注⁽¹⁰⁷⁾)連邦通常裁判所一九八九年七月七日判決の援用のもと、

国庫が先占権を放棄できるとすることに対しては、法政策的観点からも問題ない。なぜなら、国庫の先占権を存続させても、国庫は先占権をいつまでも行使しないままに置くことができるので、土地が無主であり続けることに変わりないからである。これに対して、先占権が万人に移転するとした方が、新しい所有者を得られる見込みが大きくなる、

として、国の先占権放棄を許容する⁽²⁰⁾。また、(2)国による先占権放棄後の扱いについても、カンツライターは、自身の旧説を否定して、ここでも前掲(注⁽¹⁰⁷⁾)連邦通常裁判所一九八九年七月七日判決の援用のもと、

ラントが先占権を放棄すると、当該無主地はだれでも、土地登記所に対する表示と登記とによって先占できる。このことについて法律規定はないが、そのように解さないと、先占権放棄後、土地はずっと無主のままになってしまし、また、先占権が放棄された後は、第三者による先占を妨げるものはない⁽²¹⁾とする。

それでは、関連して、国は先占権を第三者に譲渡できるか。

国が先占権を放棄できるかどうかについては、右にみたように、これを否定する学説がかつてみられたが、そうし

た学説も、国が先占権を第三者に譲渡することについては可能と解していた。⁽¹⁴⁾ 譲渡できるわけだから放棄を認める必要はないと、エルトゥルによっていわれたところでもある。⁽¹⁵⁾ 国庫が先占権を第三者に譲渡する（それも有償で）ことは、よく行われているようで、これに土地取得税が課せられるかどうかが争われた裁判例がいくつかある。⁽¹⁶⁾ そのなかには、先占権を第三者に譲渡することを積極的に評価するものがみられ、すなわち、ハンブルク財政裁判所一九七八年四月二〇日判決は、B G B 九二八条二項による先占でも、第三者への先占権譲渡でも、責任を負う所有者を欠いた土地を、整序された経営と管理のもとに再び置くという公益の観点が前面にある（ので、もし土地取得税が課せられると、この目的の達成が困難になったり不可能になったりしかねない）とする。⁽¹⁷⁾

六 むすびに代えて

本稿を閉じるにあたり、感想めいたことを若干述べて、むすびに代えたい。

まず、ドイツ法について大ざっぱながら整理を試みると、(1)土地所有権放棄の制度が明文でもって規定されている法制のもと、実際にも、土地所有権の放棄は、（加害目的であるとか、目的が第三者または公共に負担を転嫁することに尽きるとかで良俗違反とされる場合や、法律等への違反となる場合は別として）ほぼ自由に認められているといえる。

また、(2)所有権が放棄されたあとは、土地はとりあえず無主となり、利用価値のある土地であるならば、国が先占権を行使して国有となったり、第三者が国の先占権を譲り受けて行使することで、無主の状態から脱するが、国からも第三者からも見向きもされないような土地だと、先占権は行使されないし、先占権を譲り受けようとする者も現れ

ないので、無主の状態が続くことになる。国が先占権を行使していいだけだと第三者が先占することはできないが、国が先占権を放棄すると、第三者だれもが先占でき、そうすると、複数の者が先占を相争う事態も起こり得る。⁽²⁸⁾こうした法状況は、無主の不動産は当然に国の所有に帰する（当然取得構成）のではなく、無主の土地を我が物とするかどうかを国の意思に委ねる法制（先占構成）ならではといえよう。わが民法でのような当然取得構成のもとでは、生じてこない法状況である。

このようにドイツ法を整理したとき、まったくの仮説だが、(2)当然取得構成ではない法制だからこそ、(1)土地の所有権放棄が比較的自由に認められているという実態があるのかもしれない。先占構成のもとでは、無主となった土地を、国は、無条件で引き受けなければならないわけではなく、要らないといえる自由があるので、不要な土地が国に押し付けられるという事態にならないで済むからである。

わが民法は当然取得構成である。国への押し付けを避けるという意味では、わが国では、土地所有権の放棄をあまり自由に認めるべきではないのかもしれない。

しかし、筆者としては、無主の土地の存在をドイツ法が許容していることに注目したい。ドイツ法でも、土地が所有者を欠くという状態は、必ずしも肯定的にはとらえられていない。当然取得構成をとるフランス民法の方がBGBより一步進んでいるとする指摘が民法コンメンタールにみられたり、また、国が先占権を放棄ないし譲渡することをめぐっての議論のなかで、土地が所有者を欠く状態への否定的な評価がうかがわれたところである。しかし、所有者の自由な処分権能を尊重し、なおかつ、無主の土地を国が要らないという自由を認めようとすれば、——好ましくはないにしても——無主の土地が生じることが避けようがない。そうした事態の生じ得ることを、ドイツ法は制度上、前提とし、実態としても容認しているのである。

先占構成のドイツ法のもとでも、国の先占権について（放棄を認めないどころか）その行使を義務づけることとすれば、無主の状態が生じることは避けられる。しかし、そうした途はとられなかった。先占権を行使するかどうかは国のまったく自由に委ねられる。かといって、土地所有権放棄を容易には認めないこととして、無主の土地があまり生じないようにするという途もとられなかった。BGBが明文をもつて土地所有権放棄の制度を規定しているもとで、そうした途をとることは解釈として難しいということもあるが、所有者の自由な処分権能をできるだけ保障しようという基本姿勢をそこに見ることができまいか。

たしかに、所有権放棄を容易には認めないこととすれば、だれかしら所有者が居続けることとなるから、先占構成のもとでは、無主の土地は生じにくくなる。当然取得構成のもとでも、国は、不要な土地を引き受けなくて済む。しかし、所有者に対し所有者であり続けることを強いることで（したがって現所有者の負担のもとで）、そうした事態の発生を回避するのが正しい途であろうか。

ドイツ法は無主の土地の発生を容認してでも、土地所有権放棄を許容している。所有者が所有者としての地位から脱することへのハードルを高くする、そうした途をとることに、筆者は疑問を禁じ得ない。わが民法二〇六条によれば、所有者は、法令の制限内とはいえ、自由にその所有物を処分することが許される。処分には、第三者にその物を譲渡するような法律的処分だけでなく、要らなくなった所有物を捨ててしまうなどの物理的処分も当然、含まれる⁽¹⁰⁾。

所有者の自由な処分権能をできるだけ保障しようとするドイツ法の態度は、われわれとしても学ぶところ大ではなからうか。当然取得構成のわが国において、所有権放棄を自由に認めると、私人の不要となった不動産を国は無条件に引き受けなければならないことになる。しかし、その不都合は、不動産を“捨てる”場合の費用負担ルールを、粗大ゴミを捨てる場合におけるがごとくに整備することによって対応されるべき事柄ではあるまいか。乱暴ないい方が

許されるなら、ドイツで無主の土地の存在が容認されているのなら、わが国でも、不要な土地を国が引き受けることとしてもよいのではないか。土地が所有者を欠くのに比べれば、国に所有させる方がまだマシとはいえまいか。

本稿は、冒頭にも述べたように、不動産について所有権の放棄が可能かどうか、わが国では明らかでないので、土地所有権放棄の制度を明文でもって規定するドイツでの経験を参考にする^(註)ことで、不動産所有権の放棄の可否を明らかにできればという思いで執筆したものである。筆者としては、とりあえず、これを肯定に解したい。

もっとも、本稿は、土地を一人で単独所有する場合の土地所有権放棄のみを扱い、土地の共有持分やマンションについての不動産所有権放棄をみることはまったくできなかった。これらについては、ドイツにおいて、単独所有権の放棄におけるとはまた異なつた議論の展開があるようである。本来なら、それをも併せ踏まえながら検討を進めるべきであつたが、筆者の能力の限界からできなかった。今後の課題としたい。

(注)

- (1) 不動産でも建物であれば、取り壊してしまえば、目的物滅失により建物所有権は消滅するので、所有権放棄そのものではないにしても、所有権消滅という同様の効果を生ぜしめることができる。問題は土地である。土地は物理的に捨てることはできないし、建物のように解体することでもないからである。この問題を論じる意義については、拙著「土地所有権の放棄は許されるか」札幌学院法学二九卷二号(平成二五年)一〇二頁を参照。
- (2) なお、一つの物を一人が所有する単独所有ではなく、共有不動産に対する持分権であれば、その放棄が可能であることが条文上、前提とされていて、民法二五五条は、共有者の一人がその持分を放棄したときは、その持分は、他の共有者に帰属するとする。

- (3) 拙稿・前掲(注①)札幌学院法学二九卷二号一〇二八頁。

- (4) わが国におけると異なり、BGBでは、土地のみが不動産とされ、建物や樹木など土地に付着するものは土地の本質的構成

部分である (B G B 九四条一項)。

- (5) ドイツ法を素材に、とくに土地の共有持分やマンションにつき不動産所有権の放棄を論じたものとして、すでに藤巻梓「不動産所有権とその共有持分の放棄——ドイツにおける二〇〇七年の二つの B G H 決定を題材にして」静岡大学法政研究一六巻一〜四号 (平成二四年) 九八〜七二頁がある。同じくドイツ法を素材とする本稿は、これに負うところが多い。
- (6) 拙稿・前掲 (注①) 札幌学院法学二九巻二号一五頁注一を参照。
- (7) 拙稿・前掲 (注①) 札幌学院法学二九巻二号二四頁注四八を参照。
- (8) なお、不動産所有権が放棄されたかどうかが争われた大阪高裁昭和五八年一月二八日判決 (高民集三六巻一号一頁、訟務月報二九巻八号一四八九頁、判タ五〇六号一〇一頁) は、不動産所有権の放棄には登記されることが望ましいとするが、必須とはしていなかった。拙稿・前掲 (注①) 札幌学院法学二九巻二号四頁を参照。
- (9) なお、鈴木祿彌「フランス法における不動産委棄の制度」民商法雑誌二七巻六号 (昭和二七年) 二〜三頁注四は、いずれのあり方も領土主権の発現の一形式であって、独日間に本質的な差異はないとする。
- (10) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht (Teilentwurf zum Sachenrecht), Vorlage des Redaktors Reinhold Johow, 1880, S. 21, bei: Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB), Sachenrecht, Teil 1: Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, 1982, S. 35.
- (11) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht (Teilentwurf zum Sachenrecht), Begründung, Vorlage des Redaktors Reinhold Johow, 1880, S. 718, bei: Schubert (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren, Sachenrecht, Teil 1 (英⑤), S. 842.
- (12) Teilentwurf zum Sachenrecht von Johow, Begründung (英⑤), S. 718-719, bei: Schubert (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren, Sachenrecht, Teil 1 (英⑤), S. 842-843.
- (13) Teilentwurf zum Sachenrecht von Johow, Begründung (英⑤), S. 719-720, bei: Schubert (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren, Sachenrecht, Teil 1 (英⑤), S. 843-844.
- (14) Teilentwurf zum Sachenrecht von Johow, Begründung (英⑤), S. 720-721, bei: Schubert (Hrsg.), Vorlagen der

- Redaktoren, Sachenrecht, Teil 1 (注⑨), S. 844–845.
- (15) Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht, I, §§ 85:4–1017, 1985, S. 572–573.
- (16) Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注⑩), S. 572.
- (17) Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注⑪), S. 572–573.
- (18) Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注⑫), S. 573.
- (19) Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注⑬), S. 573.
- (20) Motive zu den Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.3: Sachenrecht, 1888 (Nachdruck 1983), S. 324–325.
- (21) Motive, Bd. 3 (注⑭), S. 325.
- (22) Motive, Bd. 3 (注⑮), S. 325–326.
- (23) Motive, Bd. 3 (注⑯), S. 326.
- (24) 不動産物権の法律行為による取得には権利変動の合意およびその登記を要することを規定する。現行の BGB 八七三条（合意および登記による取得）である。
- (25) Motive, Bd. 3 (注⑰), S. 326.
- (26) Motive, Bd. 3 (注⑱), S. 327.
- (27) 相続人がいないときは「国庫が法定相続人として遺産を承継する（BGB 一九三六条）わが民法と異なり、法定相続人として「国庫は遺産を承継する」。無主の不動産と異なり、当然承継である。国庫は相続放棄することもできない（BGB 一九四二条二項）。
- (28) 物的負担 (Reallast) とは、「不動産制限物権の一種であって、土地より反復的給付をすべき土地の私法上の負担であり、権利者は土地の所有者に対し、土地からの一定の反復的給付を請求することができる（BGB 一一〇五条一項前段）。わが民法にはない制度である。給付については土地が物的に責任を負うものであるが、土地所有権の存続中に弁済期となった給付については、所有者は人的にも、つまり、当該土地以外の他の財産をもつて、また、当該土地の所有者でなくなったあとも、責任を

負う (BGB 一〇八条一項)。そして、¹⁾ Karl-Heinz Gursky, in: Harry Westermann, Sachenrecht, fortgeführt von Harn Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky und Dieter Eickmann, 8. Aufl. 2011, §123 Rn. 3, 8. Jan Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 2003, 2017 を参照。右の所有者の人的な責任は、すでに BGB の第一草案に規定があった (第一草案 一〇五六条一項)。ちなみに、第一草案では、所有者の人的な責任は物的負担の概念上本質的なものと解され、設定契約で排除することはできないとされていた (Motive, Bd. 3 (注②), S. 587) が、第二委員会ではそのような理解は物的負担の制度の歴史的发展に反するとして、所有者の人的な責任は当事者の意思の推定に基づくとされた (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3: Sachenrecht, 1899 (Nachdruck 1983), S. 736)。そして、²⁾ Detlev Joost, in: MünchKommBZ zum BGB, 6. Aufl. 2013, §1108 Rn. 1 を参照。

- (29) Protokolle, Bd. 3 (注⑧), S. 190。後者の(a)₄土地所有権放棄の可否については、そのほか、所有権放棄の撤回を許すかどうかの検討の文脈で、³⁾ とくにバイエルンで狭小地の放棄がまれでないが、経済的に好ましくないので、放棄の撤回を優遇することとは合目的的であるとする主張がみられた (S. 189)。

- (30) 相続人がいないときは国庫が法定相続人として遺産を当然承継する (注⑦を参照) が、遺産につき倒産手続が開始されるなどしたときは、遺産債務に対する相続人の責任は遺産に限定され (BGB 一九七五条)、また、国庫は相続人として倒産手続手続開始の申立権者である (倒産法 (Insolvenzordnung) 三二七条一項)。

- (31) Protokolle, Bd. 3 (注⑧), S. 190。前者の(c)₃所有権放棄された土地が取得される関係については、第一草案理由書中の指摘(c)₃の援用もなされている (S. 186)。

- (32) Protokolle, Bd. 3 (注⑧), S. 185, 186。

- (33) Protokolle, Bd. 3 (注⑧), S. 188。現行の BGB 施行法 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) の一二九条である。

- (34) Protokolle, Bd. 3 (注⑧), S. 186-188。現行の民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) の五八条と七八七条とである。

- (35) Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注⑤), S. 579。

- (36) そのほかの論点としては、所有者が所有権を放棄したというのではなく、もともと無主であった土地の扱い、共有地に対する持分が放棄された場合の扱い、所有権放棄の撤回の可否などがあった。

- (37) 同条一項は、「物の所有者は、法律または第三者の権利に反しないかぎり、その物を自由に扱い、かつ、他人からのあらゆる干渉を排除することかゝる」と規定す。
- (38) Axel Pfeifer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 928 Rn. 2.
- (39) Pfeifer, in: Staudinger, BGB, 2011 (注³⁸), § 928 Rn. 3.
- (40) なお、プファイファによる以上の説明は、一九八九年の一二版でのエルトゥルによる説明 (Rudolf Ertl, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 12.Aufl. 1989, § 928 Rn. 2, 3) をそのまま引き継いだものである。
- (41) 当然取得構成をとるフランス民法の立場については、さしあたり、鈴木・前掲 (注⁹) 民商法雑誌二七巻六号一〇一二頁を参照。
- (42) Herbert Grziwotz, in: Nomos Kommentar zum BGB, 2.Aufl. 2008, § 928 Rn. 1.
- (43) 同条一項は、「所有権および相続権は、これを保障する。その内容および限界は、法律でこれを定める」と規定する。
- (44) Axel Benning, in: jurisPK, BGB, 5.Aufl. 2010, § 928 Rn. 1-2.
- (45) Rainer Kanzleiter, in: MünchKomm, BGB, 6.Aufl. (注³⁸), § 928 Rn. 1. 同書 Beate Grün, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3.Aufl. 2012, § 928 Rn. 1.
- (46) 先占が有する公益保護機能への言及は、のちに紹介する後掲(注⁴⁷)ハンブルク財政裁判所一九七八年四月二〇日判決(BFG 1978, 459)にもみられる。
- (47) なお、実益面での理由として、国の領土高権による基礎づけとのいづれを重視するかは、論者により違いがあるようである。グルトヴィヴォッツは、実益面から説明する論者の立場は、国の領土高権による基礎づけという自身の立場とは部分的に異なるとする (Grziwotz, in: NomosKomm, BGB, 2.Aufl. (注³⁸), § 928 Rn. 1 Fn. 4)。
- (48) 本文でこのあと紹介する裁判例は、どのような事情で土地所有権が放棄されたかが掲載誌から読み取れるものに限ったが、放棄の事情が掲載誌からは不明なものも含めると、土地所有権放棄を扱った裁判例はそれなりに数がある。本文でこのあと紹介する以外に、最近二〇年(一九九五年以降)に限っても、土地の共有持分やマンションについての不動産所有権放棄を除き、純粹に土地所有権放棄を扱った裁判例として、連邦行政裁判所一九九八年七月三十一日決定 (NJW 1999, 231-232)、「ミンデン行政裁判所二〇〇五年十一月二日判決 (11 K 2874/04, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_minden/j2005/11_K_2874_

- (55) バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所二〇一一年二月二日判決 (ZfW 2012, 38-46 [38-40, 44])。のちに本文でみる。
- (56) Hans Josef Wieing, *Sachenrecht*, 5. Aufl. 2007, S. 363 (土地税などの将来的負担) ; Wilhelm, *Sachenrecht*, 4. Aufl. (注 28), Rn. 848 (社会生活上の義務や開拓費用、土地にともなう納税義務) ; Eickmann, in: Westermann/Gursky/Eickmann, *Sachenrecht*, 8. Aufl. (注 19), § 85 Rn. 1 (経済危機で土地の需要が低下するなかでの異常に高い負担 (税金))。
- (57) 原因者としての行為責任は、所有権放棄によっても消滅しない。このことをいうものは多い。そしてあたり、Grziwoltz, in: Nomoskonn, BGB, 2. Aufl. (注 25), § 928 Rn. 12, 22; Wolfgang Martens, in: Klaus Vogel und Wolfgang Martens, *Gefahrenabwehr: allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, begründet unter dem Titel "Preussisches Polizeirecht" von Bill Drews, fortgeführt mit dem Titel "Allgemeines Polizeirecht" von Gerhard Wacke, 9. Aufl. 1986, § 21 S. 328.
- (58) そしてあたり、松村弓彦『ドイツ土壤保全法の研究』(平成一三年、成文堂)とくに三三〇三五、一七五、一八二―一八三、二〇一―二〇六頁、桑原勇進「状態責任の根拠と限界(一)(二)(三)(四・完)―ドイツにおける土壤汚染を巡る判例・学説」自治研究八六卷一二号(平成二三年)五四―七二頁、八七卷一〇六六―九一頁、二七六―九三頁、三号(いずれも平成二三年)八六―一二二頁を参照。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(平成五年、大学書林)五一頁によれば、状態責任とは「物の状態にもとづく責任。公安を危うくし、または妨げる状態が人の行為や故意・過失によって生ずるのではなく、物の状態、たとえば老朽して倒れかかっている家屋によって生ずる場合の責任。警察の取締りの対象となり、前例では家屋所有者は建物除去の責任を負う」と説明される。
- (59) 松村・前掲(注 58)『ドイツ土壤保全法の研究』三六頁、連邦行政裁判所一九六〇年五月九日判決 (BYverwGE 10, 282-290 [285])、フライブルク行政裁判所一九六七年二月一五日判決 (DVBI 1967, 787-790 [788]) (ただし、動産については、従来の所有者 (所有権放棄者) の状態責任がなくなるのは、第三者が物を先占したときのみであるとする。注 78を参照)。「バイエルン上級行政裁判所一九八六年五月一三日決定 (BayVBI 1986, 590-595 [594] = NVwZ 1986, 942-946 [946]) (もちろん、所有権放棄の場合とは異なるとするが、事案が所有権譲渡であったため立ち入っては論じづらい)」Wolfgang Martens, *Gefahrenabwehr: allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, begründet unter dem Titel "Preussisches Polizeirecht" von Bill Drews, fortgeführt mit dem Titel "Allgemeines Polizeirecht" von Gerhard Wacke,

8. Aufl., Bd. 2: Wandlungen des Polizeibegriffs, Generalklausel und Spezialermächtigungen, Die Generalemächtigung zur Gefahrenabwehr, Polizeipflichtige Personen, 1977, § 15 S. 186, § 16 S. 206-207 (『ドイツの一九八六年の第九版では、譲渡による所有権の喪失に限定する。所有権放棄による状態責任の消滅いかんの問題は、ラント法で消滅せずと規定されたラントでは解決されたので、実務上部分的な意義しかなく、昔の争点があるはず』。Martens, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. (注⑤), § 21 S. 328); Friedrich Schoch, in: Eberhard Schmidt-Abmann und Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 2. Kap.: Polizei- und Ordnungsrecht Rn. 153, S. 222-223; Grziwotz, in: Nomoskonn, BGB, 2. Aufl. (注⑨), § 928 Rn. 8, vgl. auch Rn. 22; Sigmар Uhlig, Haftung für ordnungswidrigen (polizei-widrigen) Zustand einer Sache bei Eigentumswechsel, DÖV 1962, 334-337 [334, 335, 337]; Karl Hurst, Probleme der Zustandshaftung nach dem Polizei- und Ordnungsrecht im Falle der Rechtsnachfolge, DVBl 1963, 804-806 [805]; Michael Kniessel, Verantwortlichkeit für Altlasten und ihre Grenzen, BB 1997, 2009-2014 [2013]; Lothar Knopp und Eike Albrecht, Das neue Bundes-Bodenschutzgesetz und Altlasten. Im Blickpunkt: Ausgewählte Fragen aus betrieblicher Sicht, BB 1998, 1853-1858 [1856]; Lothar Knopp, »Flicht aus der Zustandsverantwortung?« und neues Bundes-Bodenschutzgesetz, DVBl 1999, 1010-1014 [1010]; Wolf Friedrich Spieth und Benedikt Wolfers, Die neuen Störer: Zur Ausdehnung der Altlastenhaftung in § 4 BBodSchG, NVwZ 1999, 355-360 [356]; André Turiaux und Dagmar Knigge, Bundes-Bodenschutzgesetz - Altlastensanierung und Konzerthaftung. Im Blickpunkt: Der erweiterte Kreis der Sanierungs-verpflichteten, BB 1999, 377-384 [377]; Bernd Becker, Überblick über die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Folgen des Verkaufs und Kaufs eines kontaminierten Grundstücks unter dem neuen Bundes-Bodenschutzgesetz (BBod-SchG), DVBl 2000, 595-601 [597]; Raimund Körner, Das Bundes-Bodenschutzgesetz im Grundstücksverkehr, DN oTz 2000, 344-365 [356].

もともと、所有者でなくなっても、状態責任は存続するとする異論もあり(注⑧参照)。また、所有権の消滅原因である所有権譲渡や所有権放棄を無効と解して(したがって、なお所有者であることになる)、状態責任の存続を導く立場もある(このあと本文でみる)。なお、連邦行政裁判所二〇〇三年四月二二日判決 (NJW 2003, 2255-2256 [2255]) (被告行政当局が、所有権放棄そのものが良俗違反により無効なので所有者としての状態責任が存続していると主張していたのに、原告は、当該

ラントの警察法は他のラントと異なり後効的狀態責任を規定していないので、狀態責任を負うのは所有者だけであるとして、所有權放棄が有効で所有權が失われている場合のみを論じ、所有權放棄そのものが無効であった（所有權が残っていた）としたら、なお狀態妨害者として責任を追及できるのではないかを検討しなかったもので、原判決には瑕疵があるとしてこれを破棄し、事件を原審に差し戻した。）をも参照。

- (60) このあと紹介する一九九八年の連邦土壤保全法が一九九九年三月一日に施行される以前についてであるが、そうした例が増えていたと指摘される。さしあたり、Julia Droese, Die Erweiterung des Kreises der Zustandsverantwortlichen nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz, UPR 1999, 86-92 [86]（「所有權からの逃亡」）を参照。ザクセン州の環境・国土開発省に勤める者からも、同州での実務経験と同一同様のことがいわれる（Claudia Stöckle und Susana Rückseisen, Auswirkungen der Dereliction auf die Zustandshaftung, NJ 1993, 67-69 [67]。実際、裁判例でもそうした事案がみられた。バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所一九九七年六月二日決定（NJW 1997, 3259-3260 [3259]）（狀態妨害者として淨化措置を命ぜられた土地所有者が、もっぱら狀態責任を免れる目的で、代執行により実行された行政執行のあいだに所有權を放棄したが、このことは代執行費用を負担すべき義務に影響しないとされた。）を参照。放棄ではなく譲渡の事案であるが、後掲（注82）バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所一九九五年八月四日決定（NVwZ 1996, 1037）をも参照。

- (61) 松村弓彦・安達栄司「ドイツ連邦土壤保全法——有害な土壤変更及び汚染跡地淨化に関する法律——」季刊環境研究一一五号（平成二一年）九四—一〇〇頁に邦訳がある。

- (62) さしあたり、高橋滋・安達栄司・松村弓彦「ドイツ連邦土壤保全法における項目別検討」季刊環境研究一一五号（平成二一年）八七頁、松村・前掲（注68）『ドイツ土壤保全法の研究』二〇三頁、Jochim Sanden und Stefan Schoeneck, Bundes-Bodenschutzgesetz, Kurzkomentar, 1998, § 4 Rn. 44, S. 139-140; Knopp（注66）, DVBI 1999, 1013を参照。

- (63) Knopp（注66）, DVBI 1999, 1010。もともと、連邦土壤保全法施行前もすでに、ほとんどのラントで、所有權放棄後の狀態責任存続がラント法により規定されていた（ザクセン州とバーデン・ヴュルテンベルク州ではそうした規定がなかった）。さしあたり、Christian Bickel, Bundes-Bodenschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 4 Rn. 56; Walter Frenz, Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG), Kommentar, 2000, § 4 Abs. 3 Rn. 114; Stefan Kobes, Das Bundes-Bodenschutzgesetz, NVwZ 1998, 786-797 [790]; Droese（注60）, UPR 1999, 86; Spiehl und Wolters（注69）, NVwZ 1999, 355を参照。

- (64) さしあたり、高橋ほか・前掲(注62)季刊環境研究一一五号八七頁、松村・前掲(注68)『ドイツ土壤保全法の研究』二〇四—二〇五頁、Sanden und Schoeneck, BbodSchG(注69), § 4 Rn. 47-48, S. 140-141; Alexander Schink, Verantwortlichkeit für die Gefahrenabwehr und die Sanierung schädlicher Bodenveränderungen nach dem Bundesbodenschutzgesetz, DÖV 1999, 797-807 [805]; Knopp(注63), DVBl 1999, 1011-1013; Kömer(注65), DNofZ 2000, 356-357を参照。
- (65) Grziwoltz, in: NomosKomm, BGB, 2.Aufl.(注62), § 928 Rn. 1, 22. もっとも、グルツィヴォッツのこうした見立ては、あまり一般的ではない。前掲(注54)フライブルク行政裁判所二〇〇二年一月一日判決は、連邦土壤保全法四条六項二文による土地所有権譲渡の場合の責任制限が所有権放棄の場合にもかかってくることを明確に否定している(そこでは、譲渡の場合同合は取得者がいて、この者に浄化義務や費用負担を負わせることが原則的に可能であることなどがいわれる)。
- (66) 一二条二項一文が、市町村(ゲマインデ)や市町村(ゲマインデ)連合の財産は国の財産とすることはできないとする。市町村(ゲマインデ)の財産を国による侵害から保護する趣旨である。そして、同項二文は、これら財産の寄贈(Vergabung)を許されないとする。
- (67) 七五条一項二文が、市町村(ゲマインデ)の財産の譲渡は原則としてその価値まるまるでもってされなければならないとして、同条三項二文は市町村(ゲマインデ)財産を贈与したり無償で委ねることを原則として許されないとする。
- (68) 同条は、「法律上の禁止に違反する法律行為は、当該法律から別段のことが生じないかぎり、無効である」と規定する。
- (69) 前掲(注62)バイエルン最上級ラント裁判所一九八三年四月一二日決定(BayObLGZ 1983, 88-91 = DÖV 1984, 27-28)。
- (70) この土地はラントの保存委員の監督下におかれ、建築上の変更にはその同意が要り、法律行為による処分等はそのあらかじめの認可があるときのみ有効であるとされていたところ、所有権放棄にも認可が要ると判示された。そのように解さないとして、土地の歴史的および郷土的意義を保持すべき義務を公共に対して負う法的主体がもはや存在しないこととなり、ラントの保存委員の認可を要するとされた目的がおびやかされると判示されたのである。
- (71) ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所一九八〇年十二月三〇日決定(OLGZ 1981, 139-145 [144-145])。なお、所有権放棄が、維持費用の負担を嫌ってのことであつたのかどうかは不明である。
- (72) そのほか、直接、土地所有権放棄が無効とされたわけではないが、一九八六年の建設法典(Baugesetzbuch(BauGB))一二条二条一項一文という再生地区に所在する土地の所有権放棄には市町村(ゲマインデ)の認可を要するとされたことがある(イ

エーナ上級行政裁判所二〇〇六年九月一八日決定 (9 W 342/06, NJ 2006 514 (L), <http://www.thueringen.de/olgneu/entscheidung/index.asp> (右記録番号 (Aktenzeichen) により検索))。そこでは、土地が所有権放棄されて、一時的に過ぎないにしても無主となると、公的なまたは私法上の安全確保義務を履行すべき法的主体を欠いたり、事情によっては、無主の土地から一定の危険が生じて、再生計画の妨げになりかねないとして、同法一四四条が認可を要求する規範目的の考慮がいわれた。

- (73) GrtIn, in: Bamberger/Roth, BGB, 3.Aufl. (注⑤), § 928 Rn. 3; Lorenz, in: Erman, BGB, 13.Aufl. (注⑤), § 928 Rn. 1; Grziwoltz, in: NomosKomm, BGB, 2.Aufl. (注④), § 928 Rn. 8; Peter Basenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72.Aufl. 2013, § 928 Rn. 1; Huhn, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8.Aufl. (注③), § 928 Rn. 3; Rolf Stinner, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 2002, § 928 Rn. 1; Edith Painter, Anm. zu OVG Bremen, Beschluß vom 16.8.1988, JA 1990, 133-135 [134-135]. 前掲 (注⑤) ハイエルン最上級ラント裁判所一九八三年四月一二日決定 (BayObLGZ 1983, 88) も傍論ならん。

- (74) GrtIn, in: Bamberger/Roth, BGB, 3.Aufl. (注⑤), § 928 Rn. 3; Lorenz, in: Erman, BGB, 13.Aufl. (注⑤), § 928 Rn. 1; Grziwoltz, in: NomosKomm, BGB, 2.Aufl. (注④), § 928 Rn. 8; Painter (注③), JA 1990, 135.

- (75) 本文でこのあと紹介するもの以外にも、すでに一九四八年にグレーヴェが「戦争で破壊された交差建築物の再建」と題する論説のなかで、所有者による私法上の行為は、公法上の義務が履行されることを条件としてのみ可能であって、瓦礫の所有者は、所有権放棄により、瓦礫を除去すべき状態責任による公法上の義務から免れることはできず、そのような所有権放棄は、国の警察力に対する関係で無効であるとした (Wilhelm Grewe, Die Wiederherstellung kriegszerstörter Kreuzungsbauwerke, AöR Bd. 34 (1948), 393-437 [408-409])。

- (76) 同条一項は、「善良の風俗に反する法律行為は無効である」と規定する。

- (77) Edzard Schmidt-Jortzig, Beendigung polizeilicher Zustandsverantwortlichkeit durch Dereliktion?, in: Norbert Achterberg, Werner Krawietz und Dieter Wydackel (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 819-829 [S. 822-823, 827-829]. シテグメル・ミルニョのつづいたBGB一三八条違反構成は支持しつつもBGB一三四条違反構成を批判するものとして (そして理由が示されてるなら) Martens, in:

Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, 9. Aufl. (注⑤), § 21 S. 328 Fn. 63.

(78) なお、シュミット・ヨルツイヒは、このように、所有権放棄を無効と解して（したがって、なお所有者であるとして）状態責任の存続を導く立場だが、論者によっては（所有権放棄等により）所有者でなくなってもなお状態責任は終了しないとする立場もみられる。こうした立場について、シュミット・ヨルツイヒは、やはり状態責任を所有者の地位から切り離すことはできず、そうした主張は成功していないとして、所有権放棄の無効そのものをいうことで状態責任を存続せしめようとするものである。所有者でなくなっても状態責任の存続をいう立場としてどのようなものがあるかを、シュミット・ヨルツイヒによる整理に基づいて (Schmidt-Jortzig (注⑥), in: FS für Scipin zum 80. Geburtstag, S. 824-827) ここで簡単にみておこう。なお、Painter (注③), JA 1990, 135^{*} 松村・前掲 (注⑧) 『ドイツ土壤保全法の研究』三六―三九頁をも参照。

(1) 一つ目は、その物からこれまで利益を得てきた所有者には、すでに成立した状態責任を所有権放棄により終了させ、これにより危険除去コストを公共に転嫁することを許さないのが、状態責任の立法目的にかなうとして、状態責任の存続をいうフリアオフの見解 (Karl Friedrich Friauf, in: Eberhard Schmidt-Almann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. 1999, 2. Abschn.: Polizei- und Ordnungsrecht Rn. 89, S. 155) である。シュミット・ヨルツイヒは、この見解について、状態責任の構成要件として当該物の所有権を明示的という法律規定の文言に反するとして、これをしりぞける。

なお、フリアオフのこの見解は、ブレーメン上級行政裁判所一九八八年八月一六日決定 (JA 1990, 133, 135-136 mit Anm. von Edith Painter = NVwZ-RR 1989, 16) に採用されている。これは、ヴェーザー川に面する元造船所の敷地の所有者が、川に突き出している船台が船舶航行に危険だとして当局が危険防御措置を命じた処分に対し異議を申し立てた事案である。問題の船台部分は原告の前主が造船所事業に利用していた（原告はこれを利用していない）。原告の前主はこれを動産として所有権放棄していたようだが、決定は、問題の船台部分は土地に固着していて造船所敷地の本質的構成部分なので、動産としてBGB九五九条により、所有権放棄意思での占有放棄でもって所有権放棄することはできないとして、原告の状態責任を肯定し、原告の訴えをしりぞける。それに際して、決定は、かりにこの方式での所有権放棄が可能であったとしても、妨害物の所有者は所有権放棄によって状態責任を免れることはできないので、原告の前主のひとたび成立した状態責任は影響を受けない、状態責任の意義は、所有者と公共との間に適切なリスク配分をもたらすことにあり、妨害物から利益を得てきた所有者には、その後自分にとって無用となった物の所有権放棄を通じて不利益（危険除去費用）を公共に転嫁する

ことは許さないとすることが右の立法目的に適合するとする。

- (2) 二つ目は、所有権放棄そのものに公の安全の妨害をみて、行為責任を基礎づけようとする見解である（シュミット・ヨルツィヒはそのような見解を想起させるものとして）¹⁾ Hans J. Wolff und Otto Bachof, *Verwaltungsrecht III: Ordnungs-, Leistungs- und Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. 1978, § 127 I d 1, S. 70 を挙げるが、ヴォルフらは「所有者は妨害をすでに生ぜしめている動産の所有権放棄によって、状態責任や行為責任を免れることはできないとする（Rn. 24, S. 70）のみで、シュミット・ヨルツィヒのいうような、所有権放棄そのものに公の安全の妨害をみるものではない」。シュミット・ヨルツィヒは、この見解について、民事法上、所有者に所有権放棄が許されるときに、警察法上、そこに妨害をみることはできないとして、これをしりぞける。

- (3) 三つ目は、物に対する事実上の支配が他者に移っていないかぎりには、かつての所有者の状態責任が存続するとする前掲（注59）フライブルク行政裁判所一九六七年二月一五日判決（DVBl 1967, 788）の見解である。これは、他船との衝突によりライン川に沈没した船の共有者（船長でもあった。）が、当局から下された船の除去命令に対し異議を申し立てた事案である。判決は、課せられた行為を行うことが自分の経済的金銭的な状況から自分には不可能であるという原告の抗弁を容れて、処分は違法であるとしてこれを取り消す。結論としては原告の訴えが認容されたわけであるが、原告が難破船の所有権を放棄していたことについては、判決は、以下のようにいって、このことによる状態責任の消滅を否定する。すなわち、船は内水船舶簿に登録されていたので、所有権放棄には登録裁判所での意思表示と登録簿への登録とが必要であって、原告が水及び航行局での意思表示により所有権を放棄したことでは、所有権は消滅しない、その後、登録が抹消され本件難破船は動産となったので、その後はBGB九五九条により無形式で所有権放棄できることとなったが、いづれにしても、所有権放棄は状態責任を廃さない、なぜなら、物に対する事実上または法的な権力を失いこれを回復し得ないのであれば、状態責任は脱落し、物の譲渡や、土地や登録された船舶の所有権放棄の場合は、国庫が絶対的で排他的な先占権を有し、所有権放棄者が先占権を行使することは許されないのです、このことが妥当するが、動産の所有権放棄では、これらと異なり、動産が無主である間は、だれもが（従来の所有者も含めて）その物を先占し（BGB九五八条）、法的な権力を獲得できるので、従来の所有者が物に対する法的な権力を回復し得るかぎりには、つまり第三者が先占しないうちは、従来の所有者の状態責任は存続するからである、と。

この見解では、不動産と動産とでは所有権放棄により状態責任が存続するか消滅するかが異なることになる。シュミット・ヨルツィヒは、この見解について、警察上の責任の基礎にあるのは所有権であって、解釈でこれを他のものに代えることはできないし、かりに事実上の物支配が重要であるとしても、先占権があるからといってなにゆえ事実上の支配があるといえるのか、また、動産を先占する可能性がある多くの者のなかから、なにゆえ旧所有者（先占する蓋然性はもっとも小さい）だけを状態責任が襲うのかと疑問を呈し、これをしりぞける。

以上の見解のなかで参照されたBGB九五八条と九五九条とをここで紹介しておく。BGB九五八条は無主の動産の先占についての規定で、その一項は「無主の動産を自主占有した者は、その所有権を取得する」と規定する（わが民法の二三九条一項に相当する）。また、BGB九五九条は動産所有権の放棄についての規定で、「動産の所有者が所有権を放棄する意図でその占有を放棄したときは、その動産は無主となる」と規定する。

(79) 同項は、「所有権は義務をとまなう。その行使は、同時に公共の福祉に資するものでなければならぬ」と規定する。

(80) Stöckle und Röckseisen (注⑧), NJ 1993, 68, 69.

(81) Schoch, in: Schmidt-Abmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14.Aufl. (注⑨), 2.Kap. Rn. 153, S. 222-223.

(82) NVwZ 1996, 1036-1038.

(83) Grün, in: Bamberger/Roth, BGB, 3.Aufl. (注⑩), § 928 Rn. 3; Lorenz, in: Erman, BGB, 13.Aufl. (注⑪), § 928 Rn. 1.

(84) Lothar Knopp, Aktuelles aus der "Altlasten-Szene": Freiwerden des Grundstückseigentümers von der Zustandsverantwortung. Zugleich eine Besprechung von VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 4.8.1995, BB 1996 S. 392, BB 1996, 389-392 [390].

(85) NVwZ 1996, 1037-1038.

(86) このバーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所一九九五年八月四日決定は、郡庁から、本件譲渡は良俗違反により無効なのでなお所有者であって状態責任者であるとして調査措置を命じられた譲渡人が、執行停止を求めた仮の権利保護手続についてのものである。その後、本案手続では、バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所が、一九九八年一月二〇日判決 (GewArch 1998, 301-303 = VBIBW 1998, 312-314) において、逆に、本件譲渡を良俗違反により無効として、行政当局による命令を正当とした。譲渡人はこれを不服として上告したが、連邦行政裁判所は、一九九八年五月一二日決定 (7 B 138.98, <http://www.>

fachdokumente.lubw.baden-wuerttemberg.de/server/161/?COMMAND=DisplayUtreil&FIS=161&OBJECT=3907&MODE=URT&RIGHTMENU=NO)に於て、これを認めざるべき。Knopp und Albrecht (注⁸⁵)、BB 1998, 1856; Knopp (注⁸⁶)、DVBf 1999, 1010 をも参照。

- (87) 本文に挙げたほか、そうした事案で、前掲(注⁸⁹)連邦行政裁判所二〇〇三年四月一日判決(NJW 2003, 2255)も、良俗違反の可能性を肯定する趣旨か。これに対して、前掲(注⁸⁶)バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所一九九七年六月二日決定(NJW 1997, 3259)は、本件での土地所有権放棄が状態責任を終わらせようとする動機によるものであったことは疑いないとし、また、そうした動機での所有権放棄が良俗違反であるかどうかについては争いがあるとしても、この点につき態度を明らかにしない。

- (88) 判決自身もこのことを指摘する(ZfW 2012, 42)。

- (89) ZfW 2012, 44.

- (90) 原告は、本件土地を売却しようとしたが関心を示す者がおらず、また、贈与も不可能だった、所有権放棄なくしては組合を清算することは不可能だったと主張していた(<http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWREI10001175&psml=bsbawueprod.psml&max=true&doc.part=L&doc.norm=all> (Tabbestandの第三段落))。

- (91) ZfW 2012, 44. 本件は、土地所有権を放棄したにもかかわらず、被告灌水団体(一九九一年の給水団体法(Gesetz über Wasser- und Bodenverbände (Wasserverbandgesetz - WVG))による公共団体である)が分担金を課してきたので、その取消しを求めて訴えを提起したものである。判決は、土地所有権放棄の良俗違反性を否定してこれを有効と解し、所有権放棄時以降の分担金支払義務を否定した。被告はこれを不服として上告したが、連邦行政裁判所は、二〇一二年四月二六日判決(NJWZ 2012, 974-976)において、これをとりぞけている。

- (92) そのほか、ノイシュタット行政裁判所二〇〇四年一〇月二〇日決定(T L 2396/04.NW, <http://www.hfr-speyer.de/ba/butzniger/pdf/VGNW7L2396-04.pdf>)も、状態責任から免れる目的での土地の所有権放棄や売却は、必ずや良俗違反の行為であるというわけではないとする。これは、岩地の所有者が土地所有権を放棄したあと死亡したが、行政当局が、右所有権放棄は良俗違反により無効であるとして、その相続人に対し、落石の危険に対する保安措置を命じ、これに対して、相続人が執行停止を求めた仮の権利保護手続についてのものである。決定は、本件岩地のような利用可能性のない土地の所有権放棄では、

その唯一の目的が将来のあり得べき保安措置費用から免れることであつたとは限らず、目的が保安費用と関係のない出費を節約することにあつた可能性があるなどとして、所有権放棄の良俗違反性を否定し(所有権放棄を有効とし)‘相続人の所有権(ひいては状態責任)’を否定して、相続人の申立てを認容した。もっとも、行政当局からの異議申立てを受けて、上級審であるライプザント・プファルツ上級行政裁判所二〇〇四年二月三日決定(12 B 11999/04.OVG, <http://www.hiv-speyer.de/ba/butzingen/pdf/OVGPR12B11999-04.pdf>)は、死亡した父が岩壁から生じる危険についての費用負担を公共に課するためだけに土地所有権を放棄したのかどうかはなお不明であるなどとして、所有権放棄の良俗違反性についてはなお解明を要するのべ、本案訴訟の見通しが明らかでない以上、危険から即時に防衛すべき公の利益は、執行を暫定的に免れることの私的な利益に優るなどとして、相続人の申立てをしりぞけている。

- (93) これにより当該物件は倒産財団から除かれ、倒産債務者の管理・処分権能が復活する。この制度は、一九九四年の倒産法(Insolvenzordnung (InsO))において、明文規定があるわけではないが、倒産管財人の管理・処分権能(八〇条)に基づき認められると解されていく。この制度の存在を前提とした規定(三二三条三項一文)も置かれていく。そして、Harald Hess, Insolvenzzrecht. Großkommentar, Bd. 1, 2.Aufl. 2013, §§ 32, 33 Rn. 49, §§ 35, 36 Rn. 102, § 80 Rn. 465; Hermann Josef Schmahl und Klaus-Peter Busch, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3.Aufl. 2013, § 33 Rn. 78; Bernd Peters, in: MünchKomm, InsO, 3.Aufl., § 35 Rn. 84; Claus Ott und Mihai Vuia, in: MünchKomm, InsO, 3.Aufl., § 80 Rn. 65を参照。なお、わが国の破産法でも同様の制度が認められている(七八条二項一二号)。⁹⁴⁾ 杉山悦子「倒産手続における環境浄化費用の負担者」一橋法学八巻三号(平成二二年)八巻三号一八三〜二二二頁をも参照。

- (94) BVerwGE 122, 75-84 [81-82] = EWIR § 80 InsO 2/05, 439 (L) mit Anm. von Gerhart Kreft = WM 2005, 233-237. 判決は、また、連邦土壤保護法四条三項四文(土地所有権放棄者にも汚染除去等の義務を負わせる。)の類推適用をも否定して(BVerwGE 122, [82-83])、本件除外により、倒産管財人の浄化責任は終了したとする(原判決は、同文の類推適用を肯定して、浄化責任の存続を認めていた(<http://lexetius.com/20042650> (第八段落))。)

- (95) Fritz Schultze, Die Aufgabe des Grundeigentums (§ 928 BGB.) (Mit besonderer Rücksicht auf Preussen.), Diss., 1909, S. 195-196は、BGB九二八条二項二文の文言から、国に先占権行使の義務がなごうとは明らかであるとす。

- (96) Theodor Stüb, Durchgangs-Herrenlosigkeit. Zur Problematik von Aneignung und Erstzung, insbesondere des § 927

BGB, AcP Bd. 151 (1950/1951), S. 1-32 [S. 25] は、無期限の無主というそうした状態は、法政策的に好ましくなく、立法者はきこつて欲していなかったであろう、しかし、規定化に際して見落とされたとする。

- (97) Eickmann, in: Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. (注⑨), § 85 Rn. 5; Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl. (注⑩), Rn. 850; Baur/Stümer, Sachenrecht, 18. Aufl. (注⑪), § 53 Rn. 75; Möller, Dereliction (注⑫), 2.2. このあと紹介する後掲(注⑬) 連邦通常裁判所一九八九年七月七日判決 (NJW 1990, 252) も、国庫は先占権を長期にわたり行使しないままにおくことができるとする。

- (98) ウンナ区裁判所一九八二年六月一日決定 (Rpflieger 1982, 379-380 [380])。問題の土地は所有者の相続人が所有権を放棄し、国庫も先占権を行使しなかったので、無主となり、エネルギー供給企業が、知れない当事者のために監護人を選任する(BGB 一九一三条) よう申し立てたが、決定は同条の要件を満たさないとしてこれをしりぞける。以前の所有者はガス管敷設の役権を登記すべき義務を負っていて、これを物的に確保するのに監護人の選任が必要と申立人は主張していた。決定は、申立てをしりぞけるに際して、結論が実際のでないかに思えるかもしれないが、申立人や公共の権利は、たとえば、国庫が土地を先占することによって貫徹され得るとし、国庫の先占権につき本文のことをいうとともに、導管権の保障につき公益が存するとする。

- (99) Volrad Wilhelm Kranichfeld, Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken und deren Folgen, Diss., 1908, S. 57.

- (100) Jon Catureanu, Die Rechtstage des aufgegebenen Grundstücks, 1912, S. 54-55. なお、カトゥネアヌは、国庫は先占権を放棄できないが、先占権を行使するかどうかは自由であると明言する(S. 55)。この点、クラニヒフェルトは、国庫に先占権を行使しない自由があるかどうかについて、そうであるともそうでないとも述べていない。また、カトゥネアヌは国庫の先占権を私法上の権利とみる(S. 47, 55) のに対し、クラニヒフェルトは公法上の権利とみる(Kranichfeld, Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken und deren Folgen (注⑬), S. 6)。

- (101) Schulze, Die Aufgabe des Grundeigentums (注⑭), S. 180, auch Fn. 17 も、国の先占権放棄を無効とみる趣旨のようである。

- (102) StB (注⑮), AcP Bd. 151, S. 26, auch Fn. 25.

- (103) StB (注⑯), AcP Bd. 151, S. 25-26, auch Fn. 26, 27, S. 31.

- (10) DNotZ 1967, 34-37 mit Anm. von Hans Ernst Duve = NJW 1966, 1715-1716.
- (105) 国は先占権を放棄せざることを、法に規定のなす問題については、その裁判例といわれる (Hans Ernst Duve, Anm. zu diesem Beschluß, DNotZ 1967, 37-38)°.
- (106) DNotZ 1967, 35-37.
- (107) NJW 1990, 251-253.
- (108) なお、同判決に先立ち、すでに前掲(注71)ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所一九八〇年二月三〇日決定(OLGZ 1981, 141)も、国庫の先占権放棄(を譲渡)が可能なることを前提としていた°.
- (109) NJW 1990, 252.
- (11) NJW 1990, 252-253.
- (111) 裁判例に、そのほか、ウーナ区裁判所一九九〇年七月一七日決定 (Rpflieger 1991, 16-17 [161]) が、前掲(注100)連邦通管裁判所一九八九年七月七日判決の援用のもと、国の先占権放棄が可能なることを前提に、国の先占権放棄が登記可能かどうかを論じる(登記せざることを)°.
- (112) Grün, in: Bamberger/Roth, BGB, 3.Aufl. (註95), § 928 Rn. 9; Lorenz, in: Erman, BGB, 13.Aufl. (註12), § 928 Rn. 11; Benning, in: jurisPK, BGB, 5.Aufl. (註95), § 928 Rn. 23; Kanzleiter, in: MünchKomm, BGB, 6.Aufl. (註95), § 928 Rn. 12; Grziwotz, in: NomosKomm, BGB, 2.Aufl. (註12), § 928 Rn. 15; Bassenge, in: Palandt, BGB, 72.Aufl. (註12), § 928 Rn. 4; Huhn, in: Pritting/Wegen/Weinreich, BGB, 8.Aufl. (註12), § 928 Rn. 6; Augustin, in: RGK, BGB, 12.Aufl. 1979 (註95), § 928 Rn. 8; Stürmer, in: Soergel, BGB, 2002 (註12), § 928 Rn. 4; Pfeifer, in: Staudinger, BGB, 2011 (註12), § 928 Rn. 24-25; Möller, Dereliction (註12), 2.2; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18.Aufl. (註12), § 53 Rn. 75; Wieling, Sachenrecht, 5.Aufl. (註12), S. 363; Wilhelm, Sachenrecht, 4.Aufl. (註12), Rn. 851, 853.
- (113) Ertl, in: Staudinger, BGB, 12.Aufl. (註12), § 928 Rn. 24-25.
- (114) Ertl, in: Staudinger, BGB, 12.Aufl. (註12), § 928 Rn. 19.
- (115) Ertl, in: Staudinger, BGB, 12.Aufl. (註12), § 928 Rn. 4.
- (116) Ulrich Hoche, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 25.Aufl. 1966, § 928 Anm.5)c). 疑問なものとする理由は、それによ

いが、国庫は先占権を自主占有者に譲渡せざるべし。

- (117) Rainer Kanzleiter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 2.Aufl. 1986, § 928 Rn. 9.
- (118) Axel Pfeifer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Bearbeitung 1995, § 928 Rn. 3, 24.
- (119) パーラントの民法コンメンタールの二六版（一九六七年）では、執筆担当者は引き続きホッヒェだが、スユースの立場を紹介しつつも「疑問あり」との注記のみ消えつつある（Ulrich Hoche, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 26.Aufl. 1967, § 928 Anm.5(c)）。前掲（注104）ハンブルク・ラント裁判所一九六六年四月二九日決定があらわれたことに影響されたと思われる。また、ツェンホエンの民法コンメンタールの三版（一九九七年）でも、執筆者は引き続きカンツライターだが、今の六版（二〇一三年）と同じ記述（このあと本文で紹介する）に改めつつある（Rainer Kanzleiter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3.Aufl. 1997, § 928 Rn. 9）。
- (120) Pfeifer, in: Staudinger, BGB, 2011（注88）, § 928 Rn. 25.
- (121) Pfeifer, in: Staudinger, BGB, 2011（注88）, § 928 Rn. 24. なお、国が自分の土地の所有権を放棄することはできなくとするエルトゥールの記述（注111）は、なおそのままに残されている（Pfeifer, in: Staudinger, BGB, 2011（注88）, § 928 Rn. 19）。
- 改訂に際して見落とされたか。
- (122) Kanzleiter, in: MünchKomm, BGB, 6.Aufl.（注95）, § 928 Rn. 12.
- (123) Kranichfeld, Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken und deren Folgen（注66）, S. 57; Catuneanu, Die Rechtslage des aufgegebenen Grundstücks（注101）, S. 55-56; Ertl, in: Staudinger, BGB, 12.Aufl.（注101）, § 928 Rn. 20, 25.
- (124) Ertl, in: Staudinger, BGB, 12.Aufl.（注101）, § 928 Rn. 25.
- (125) ライヒ財政裁判所一九二八年一月二七日判決（RFHE 24, 234-236 [234]）の事案では、土地の価額が五六、〇〇〇ライヒスマルクのところ、二、五〇〇ライヒスマルクの現金支払い（および譲渡により発生する諸費用や諸税等の引受け）でもって、本文でこのあと紹介する後掲（注127）ハンブルク財政裁判所一九七八年四月二〇日判決（EFG 1978, 458）の事案では、不動産担保権の債権者への三〇〇万ドイツマルクの支払約定でもって、先占権が譲渡された。
- (126) 否定例として、前掲（注125）ライヒ財政裁判所一九二八年一月二七日判決、後掲（注127）ハンブルク財政裁判所一九七八年四月二〇日判決（EFG 1978, 458-459）とその上告審判決である連邦財政裁判所一九八一年四月一日判決（BFHE 133, 97-

101）、肯否を決しなかったものとして、連邦行政裁判所一九六七年一月二八日判決（BFHE 91, 191-205 [203] = BStBl II 1968, 223-229 [228]）。

- (127) EFG 1978, 459. 国庫が先占権を第三者に譲渡することには、責任を負う所有者を欠いた土地を、整序された経営と管理のもとに再び置くという公の利益が前面にあるとする指摘は、すでに前掲（注126）ライヒ財政裁判所一九二八年一月二七日判決（RFHE 24, 236）にもみられる。

(128) 前掲（注127）連邦通常裁判所一九八九年七月七日判決（NJW 1990, 252）は、そうした事案であった。

(129) 拙稿・前掲（注11）札幌学院法学二九卷二号一三頁をも参照。

(130) 拙稿・前掲（注11）札幌学院法学二九卷二号一三～一五頁をも参照。

(131) 藤巻・前掲（注5）静岡大学法政研究一六卷一～四号九八～七二頁に詳しい。

（平成二六年一月二二日脱稿、引用の裁判例や文献でウェブサイトで掲載のものは同日に閲覧）